

L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DES VICES DU CONSENTEMENT : UNE NOUVELLE VISION D'UNE THÉORIE CLASSIQUE

Paru in *RRJ : Cahiers de Méthodologie Juridique :
analyse économique du droit*, PUAM, 2008, p.2485 et s.

Frédéric Rouvière
Professeur à l'Université de Franche-Comté

1 La théorie des vices du consentement à l'épreuve de l'analyse économique – L'ouvrage des Professeurs Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau sur l'analyse économique du droit¹ invite à poser un nouveau regard sur des théories censées être trop bien connues pour être discutées : la théorie des vices du consentement compte parmi celles-ci. Habituellement fondée sur le concept de volonté, la théorie des vices du consentement peine néanmoins à trouver par cette voie une cohérence satisfaisante dans les solutions jurisprudentielles. Aussi, l'hypothèse qui sera examinée ici est que les solutions dégagées par les juges peuvent être expliquées autrement ; l'analyse économique du droit en fournit l'occasion et même les outils. Dès lors, c'est la reconfiguration de la théorie actuelle, sa reconstruction à partir d'un concept économique qui va retenir l'attention. C'est en cela que l'idée de "nouvelle vision" prend tout son sens, car, étymologiquement, la théorie est pour les grecs "la vision d'un spectacle, mais aussi l'étude, la contemplation, la recherche de la vérité"². Le point de vue ici développé se veut complémentaire de celui adopté dans l'ouvrage des Professeurs Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau qui insiste sur les justifications économiques déjà existantes pour la théorie actuelle des vices du consentement. Il s'agit alors de prolonger cette approche de renouvellement des justifications de la théorie des vices du consentement.

2 Les justifications économiques de la théorie des vices du consentement – Les justifications économiques à la théorie des vices du consentement ne manquent pas. Plusieurs théories ou théorèmes économiques peuvent être cités pour conforter la nécessité des vices du consentement. L'erreur, le dol ou la violence permettent de s'assurer, au moins en partie, que le contrat constituera bien un gain de Pareto, c'est-à-dire une amélioration de la situation des cocontractants au regard de leur position antérieure³. Chacun

¹ E. Mackaay, S. Rousseau, *Analyse économique du droit*, Dalloz, Méthodes du droit, 2^{ème} éd., 2008, cité dans les notes suivantes par l'abréviation AED.

² Ch. Atias, *Théorie contre arbitraire*, PUF, Les voies du droit, 1987, n° 11, p. 30.

³ AED, n° 434 : le gain de Pareto est "une avance par rapport à la situation antérieure".

peut en effet légitimement attendre que le contrat lui procure, au sens économique, un avantage. Or un contrat conclu par erreur ou sous l'empire de la violence ou du dol ne peut pleinement satisfaire le contractant.

Du point de vue de l'analyse économique du droit, les vices du consentement ont même une portée plus large. La théorie des vices du consentement participe aussi du rôle général du droit des contrats qui peut être esquissé par le test de Wittman⁴. Ainsi, la possibilité de revenir sur un accord déjà conclu, en un mot d'en demander l'annulation, permet de minimiser les coûts dans la formulation du contrat. Peu importe si les parties n'ont pas tout prévu, n'ont pas tout négocié voire ont mal rédigé l'écrit contractuel : elles ont encore une porte de sortie en demandant l'annulation. Tel est le test de Wittman : proposer une solution (les vices du consentement) qui soit moins coûteuse que le problème (l'imperfection naturelle de toute convention⁵).

Cette première approche laisse entrevoir que la volonté n'est pas nécessairement l'essence de la théorie des vices du consentement. Mieux : les justifications économiques ne portent pas sur la configuration actuelle de la théorie des vices du consentement mais sur ses conséquences, à savoir la possibilité de demander l'annulation du contrat. C'est la question de savoir comment fonder l'annulation qui revient au premier plan. La réponse, soit la preuve à apporter devant le juge, dépend du concept qui se trouve au fondement de la théorie. Dans cette perspective, faut-il alors troquer le fondement mythique de l'autonomie de la volonté, fondement volontariste, voire spiritualiste (on n'ose dire idéaliste) de la théorie des vices du consentement pour un fondement plus matériel et pragmatique (et pour tout dire réaliste) de l'analyse économique du droit?

3 Fondement volontariste vs fondement économique – Entre l'idéalisme et le réalisme, entre la volonté et l'économique, il faut choisir. Et le dilemme est plus profond qu'il n'y paraît à première vue.

En effet, de deux choses l'une :

- ou bien la théorie des vices du consentement a un fondement volontariste. En ce cas pourquoi lui substituer un fondement économique ? Les solutions ne sont-elles pas déjà justifiées par les règles existantes, par une théorie, c'est-à-dire un corps de concepts cohérents ? Quel est l'apport véritable de l'analyse économique ? Est-ce une aide à la décision du juge ou une justification de plus parmi d'autres ?

- ou bien la théorie des vices du consentement a un fondement économique et en ce cas pourquoi parler de vices du consentements ? Cette théorie a justement été construite par la doctrine à partir d'une interprétation volontariste des dispositions du Code civil et non à partir d'une analyse économique ! L'incompatibilité paraît manifeste.

Le dilemme est alors le suivant : l'analyse économique des vices du consentement est, au mieux inutile, au pire incompatible avec la théorie actuelle. Autant le dire nettement : si l'analyse économique apporte de

⁴ AED, n° 1333 : "L'objectif du droit des contrats est de "minimiser la somme du coût de formulation du contrat par les parties, du coût de sa formulation par les tribunaux et du coût des comportements inefficaces résultant des contrats mal rédigés ou incomplets".

⁵ E. Putman, "L'introuvable contrat complet", *cette revue*.

meilleures justifications des solutions retenues par les tribunaux pourquoi ne pas franchir le pas et évincer purement et simplement l'analyse volontariste ? Le caractère radical du remède, c'est-à-dire la substitution de l'analyse économique à celle volontariste, s'explique par l'impossibilité de conserver en même temps ces deux explications en l'état. Autrement dit, l'analyse économique du droit conduit à rendre conscient le choix d'une méthode.

4 La méthode de définition : analyse vs synthèse – Cette approche à partir du fondement de la théorie pose une question de méthode : comment définir ? Si le fondement décide de la formulation de la théorie des vices du consentement, l'incompatibilité d'un fondement économique et d'un fondement volontariste s'accroît davantage. Le fondement est-il alors point de départ ou point d'arrivée dans l'élaboration de la théorie : la méthode doit-elle être synthétique ou analytique ?

La méthode synthétique privilégie le simple pour aller vers le complexe, à savoir partir d'un concept, comme celui de volonté, pour unifier la diversité des qualifications (dol, erreur, violence). La définition des concepts sous-jacents sera déduite du concept primaire : chaque qualification sera définie en contemplation du concept de consentement, expression de la volonté. La synthèse se donne un point de départ.

La méthode analytique suit le mouvement inverse : elle remonte de la définition au fondement en procédant par décomposition et dissociation d'un tout. C'est bien ce que l'*analyse* économique du droit propose : retrouver un fondement économique en partant des définitions et règles déjà établies.

Pourtant, aucune de ces deux approches méthodologiques n'est pleinement satisfaisante.

D'une part, la méthode synthétique qui déduit les définitions d'un fondement premier peut passer pour arbitraire. S'il faut choisir *a priori* un fondement, rien ne prédispose à privilégier la volonté ou même tout autre élément. Le choix de l'analyse économique sera un parti pris qui n'aura d'autre justification que l'intention de procéder ensuite à une analyse économique des règles. Bref, l'analyse est en réalité guidée par le choix préalable d'une idée pour la synthèse. Pour analyser économiquement le droit, il faut d'abord choisir une théorie économique : pour évidente que soit la proposition, elle demeure méthodologiquement problématique.

D'autre part, la méthode analytique, en procédant à une recherche du fondement à partir des définitions existantes, aboutit à priver le droit d'une justification propre. La justification du droit sera toujours en dernière instance de nature économique car la méthode ne sera pas proprement juridique. Aussi, il n'y aura plus de distinction entre science économique et science du droit : le droit ne serait plus qu'un aspect des relations économiques.

5 L'impossible théorie économique des vices du consentement ? – Les contraintes méthodologiques semblent conduire au paradoxe qu'une théorie économique des vices du consentement est impossible sans être arbitraire ou hégémonique. Bien entendu, il ne s'agit pas de soutenir que l'on ne puisse faire une analyse économique des règles juridiques telles qu'elles existent

déjà : tout peut être analysé du point de vue économique, le droit ou même les relations amoureuses⁶. Toutefois, ce point de vue demeure extérieur au droit ou à la relation amoureuse et reste une sous-distinction de la science économique. Il s'agit ici de soutenir que pour analyser à la fois d'un point de vue juridique interne et d'un point de vue économique, il faut intégrer l'analyse économique non pas à la fin mais dès le début, c'est-à-dire dès la création de la théorie. Autrement dit, pour que l'analyse économique soit une sous-distinction de la science du droit (et non l'inverse) il faudrait que les considérations économiques soient intégrées dès la construction des concepts de dol, d'erreur ou de violence. C'est une voie médiane entre la synthèse et l'analyse. L'approche est synthétique car il faut emprunter à la science économique l'un de ses concepts. L'approche est en outre analytique car il faudra partir des données jurisprudentielles et légales pour tenter de remonter à ce concept économique premier. Enfin, l'approche est interne car aucune théorie ou théorème économique ne sera utilisé pour la redéfinition. La seule part d'arbitraire porte sur le choix du concept qui va permettre de redéfinir les notions relevant de la théorie des vices du consentement, sans quoi toute nouvelle vision serait impossible. Bref, il faut qu'un concept économique soit à la base de l'élaboration de la théorie des vices du consentement, tout comme la volonté est un concept qui a été à la base de la théorie des vices du consentement telle qu'elle existe aujourd'hui.

6 La redéfinition des notions d'erreur, de dol, de violence à partir du concept économique d'information – Ce projet de redéfinition pourrait être mené à partir d'un concept très présent dans le discours économique : le concept d'information. En effet, l'analyse économique le considère comme central dans l'approche du contrat : l'asymétrie de l'information est une donnée initiale qui limite la liberté contractuelle. De là découle en partie l'inévitable imperfection du contrat que le législateur ou les juges cherchent à pallier par les différentes obligations d'informations créées à la charge des professionnels. L'information est, économiquement, source de confiance et donc de bonne foi dans la relation contractuelle.

Cette entreprise de redéfinition va inévitablement concurrencer les définitions actuelles. Autrement dit, la divergence sera visible. La justification du point de vue économique sera étayée à partir de la jurisprudence : laquelle de ces deux analyses semble fournir une explication plus satisfaisante, plus cohérente ? Ce n'est qu'après avoir envisagé les divergences entre les deux approches qu'il sera possible de vraiment apprécier si une certaine compatibilité peut exister car la tradition juridique est trop riche pour avoir oublié d'intégrer ce qui porte aujourd'hui le nom d'analyse économique. Aussi, la divergence relative des deux approches (I) conduit à une nouvelle articulation entre le concept de volonté et le concept économique d'information (II) dans la théorie des vices du consentement.

⁶ Sharon S. Brehm, "Les relations intimes" in S. Moscovici (dir.), *Psychologie sociale*, PUF, 1984, p.169: " (...) notre association à autrui est déterminée par les mêmes principes que ceux qui régissent le marché en économie : des récompenses, des coûts, des solutions de rechange".

I. Divergence des approches volontariste et économique

7 Le concept économique d'information – Le concept économique d'information marque une rupture avec le concept de volonté. Pour l'analyse économique l'information est "l'ingrédient essentiel de notre pensée, de nos décisions"⁷. Et si le cocontractant décide en raison d'informations erronées, l'opération contractuelle ne pourra constituer un gain de Pareto, une amélioration de sa situation antérieure⁸. Idéalement le contrat devrait être parfait c'est-à-dire que toutes les éventualités devraient avoir été prévues par les parties. Ce serait le cas d'une information totale et complète⁹. Concrètement ces exigences se manifestent en droit positif sous plusieurs formes : les parties veulent des informations sur l'autre partie : est-elle honnête ? Est-elle fiable ? Les parties veulent également connaître l'objet de la transaction : quel est le type de produit ? Sa qualité ? etc¹⁰. Fréquemment, l'information sera présente sous forme de publicité¹¹. Toute ceci explique que l'une des parties détient souvent "des informations dont l'autre aurait besoin pour conclure le contrat sans erreur"¹².

8 L'information, paradigme de l'erreur et du dol – L'ignorance sur les caractéristiques de l'opération contractuelle n'est pas psychologique comme voudrait le faire croire la théorie actuelle des vices du consentement. Elle n'est pas une fausse représentation de la réalité qui nécessite une recherche psychologique. Pour s'en convaincre il suffit de poser cette question : quelle preuve pourrait-on apporter devant le juge d'un fait de nature psychologique ? Si la notion d'erreur était purement psychologique, comment la Cour de cassation pourrait-elle en contrôler la qualification ? La preuve peut n'être qu'indirecte. Autant alors dire que le concept d'erreur correspond à cette preuve indirecte et non à une volonté inconnaissable directement.

D'après une analyse économique, la définition suivante pourrait être donnée : l'erreur est une information incomplète sur l'objet du contrat, c'est-à-dire sur l'opération projetée. Qu'apporte cette définition ? D'abord, il faudra convaincre le juge d'une lacune : la connaissance de l'obstacle à la délivrance du permis de construire, la connaissance de l'authenticité de l'œuvre d'art faisait défaut. Ensuite viendra l'interrogation centrale : pourquoi l'information est incomplète dans le contrat ? Il n'y a guère que trois possibilités qui forment autant de catégories :

1^{ère} catégorie : le contractant victime de l'erreur ne s'est pas suffisamment renseigné. On retrouve ici le refus en jurisprudence d'annuler la convention pour une erreur inexcusable, lorsque l'information était aisément accessible.

2^{ème} catégorie : l'autre partie a empêché que le contractant puisse se renseigner par le silence ou la dissimulation. On retrouve alors la définition

⁷ AED, n° 983.

⁸ AED, n° 1322.

⁹ AED, n° 1348.

¹⁰ AED, n° 1384.

¹¹ AED, n° 1391.

¹² AED, n° 1398.

du dol dans la loi, “les manœuvres sans lesquelles l’autre partie n’aurait pas contracté”¹³.

3^{ème} catégorie : l’objet ne porte pas en lui-même l’information pertinente : c’est l’erreur cause d’annulation de l’article 1110 du Code civil, l’exemple des chandeliers en cuivre argenté et non en argent, l’exemple du tableau inauthentique qui passe pour une œuvre de maître.

Ces trois catégories semblent bien proches de la théorie actuelle des vices du consentement. Pourtant, elles témoignent bel et bien d’une rupture. L’appréciation judiciaire ne portera pas sur une volonté mais sur l’objet du contrat : l’information à son égard devra avoir été lacunaire, incomplète. Autrement dit, l’erreur n’est plus rattachée au consentement mais à l’objet du contrat. Il est possible de parler au sens propre d’une analyse objective, littéralement qui porte sur l’objet du contrat au lieu d’une analyse subjective qui porterait sur le sujet et donc la volonté de la partie qui a contracté. Pour mettre à l’épreuve ces trois nouvelles catégories, il reste à savoir si elles sont pertinentes pour l’explication des solutions jurisprudentielles.

9 L’information au cœur de l’appréciation judiciaire – L’information pourrait bien être au cœur de l’appréciation judiciaire, bien plus que la théorie volontariste des vices du consentement ne le laisse présager. La volonté semble ainsi reléguée à un rôle inexistant ou secondaire : la divergence des approches se creuse davantage.

Certaines questions emblématiques peuvent être retenues sans prétention à une exhaustivité par ailleurs souvent illusoire et peu commode à l’usage.

D’abord, une question classique : l’erreur doit-elle être commune aux deux parties (sachant que les auteurs précisent bien qu’il ne s’agit pas de savoir si chaque partie s’est trompée)¹⁴? Faut-il que le vendeur ait su que l’acheteur recherchait un meuble authentique par exemple? Du point de vue volontariste, cette exigence est difficilement tenable : l’état d’esprit du vendeur n’a rien à voir avec celui de l’acheteur. Au fond, la doctrine concède que c’est pour des raisons morales que l’annulation est encourue : le vendeur ne doit supporter le risque d’annulation que s’il connaissait l’intention de l’acheteur. Une fois de plus, l’argument de la sécurité juridique est mis en avant. Du point de vue économique, tout s’éclaire : de quelle catégorie parle-t-on ? Si le vendeur sait que le meuble est authentique mais que l’acheteur ne pose pas la question, nous sommes dans la première catégorie : l’acheteur aurait dû être curieux. Son erreur est inexcusable : s’il cherchait un meuble authentique, telle était la première question à soumettre au vendeur ! En revanche, si le vendeur ne sait pas que le meuble est authentique et que l’examen de la chose ne permet pas de le savoir au premier coup d’œil alors l’erreur est commune. Non pas que les deux parties se sont trompées mais l’origine de l’information incomplète est l’objet du contrat lui-même. L’objet ne porte pas en lui-même l’information pertinente et à strictement parler ce qui est commun aux deux parties c’est une relative ignorance.

Ensuite, une question plus récente : la comparaison de l’erreur et du dol. Selon la Cour de cassation, la réticence dolosive, à la supposer établie, rend

¹³ Art. 1116 du Code civil.

¹⁴ J. Ghestin, note *JCP* 1971, II, 16916 : l’erreur doit porter sur une “qualité convenue”.

toujours excusable l'erreur provoquée. C'est un arrêt rendu en 2001 à propos de la cession d'un hôtel où le vendeur avait gardé le silence sur l'interdiction d'exploitation¹⁵. Du point de vue de la théorie classique de vices du consentement une confusion des régimes s'opère : le dol est défini comme une erreur provoquée alors même que l'erreur inexcusable ne permet pas au juge de prononcer l'annulation : faut-il faire prévaloir le dol (les manœuvres) sur l'erreur ? La cour répond affirmativement : le dol rend toujours excusable l'erreur provoquée. Mais alors, est-ce encore un vice du consentement si l'annulation trouve sa raison d'être dans la punition d'une partie en raison de l'usage d'un procédé déloyal ? Le problème est très embarrassant pour la théorie classique des vices du consentement. Du point de vue de l'analyse économique, le problème est réglé à la source : la Cour de cassation a simplement rappelé que l'origine de l'erreur ne peut être en même temps la carence à se renseigner (l'erreur inexcusable, la 1^{ère} catégorie) et la dissimulation de l'information (la 2^{ème} catégorie). Il faut ranger le cas sous l'une des deux catégories. Autrement dit, le dol rend toujours excusable l'erreur provoquée, non en fait, mais en droit car il y a incompatibilité conceptuelle entre l'erreur inexcusable et le dol. Ou bien le cocontractant se trompe en raison de sa propre carence ou bien c'est l'autre partie qui l'a trompé. Au fond, on redécouvre sous une autre forme l'idée que le dol est une erreur provoquée, c'est-à-dire que l'erreur (l'information incomplète) trouve sa source dans les manœuvres du cocontractant. En effet, si le dol est une déformation ou une rétention délibérée de l'information, il est difficile de reprocher à la victime de l'erreur de n'avoir pas pu accéder à cette information indisponible par hypothèse et par définition.

Un parallèle peut d'ailleurs être effectué avec l'arrêt *Baldus*¹⁶. Pourquoi la Cour a-t-elle dit qu'aucune obligation d'information ne pèse sur l'acheteur de ces fameuses photographies de grand prix achetées bon marché à un vendeur qui en ignorait la valeur ? Parce qu'écarter toute obligation précontractuelle d'information permet priver de fondement le dol. Pour autant, l'information n'était pas complète car la valeur réelle des photographies était inconnue du vendeur. Toutefois, le vendeur pouvait facilement se renseigner et son erreur a pu apparaître inexcusable aux yeux des juges. Comme le dol est conceptuellement incompatible avec l'erreur inexcusable il fallait bien trouver une manière de dire qu'il n'y avait pas dol sans se fonder sur la notion d'erreur inexcusable. C'est ce que les juges ont fait mais la formule était loin d'être heureuse comme la doctrine n'a pas manqué de le souligner. Sans doute était-il plus simple de procéder à une requalification : le déficit d'information n'était pas dû à des manœuvres (dol) mais à une simple carence du vendeur (erreur) qui était en l'espèce inexcusable.

Le raisonnement se prolonge avec l'arrêt *Poussin*, relatif à la vente d'un tableau par un vendeur qui ignorait son authenticité ; arrêt trop célèbre pour

¹⁵ Civ. 3^{ème} 21 février 2001, *Bull.* III, n° 20, *D.* 2001, p. 2702, note Mazeaud ; *JCP* 2002, II, 10027, note Jamin ; *JCP E* 2002, p. 764, note Chauvel ; *Deffrénois* 2001, p. 703, note Libchaber, *RTD civ.* 2001, p. 353 obs. Mestre et Fages.

¹⁶ Civ. 1^{ère} 3 mai 2000, *Bull.* I, n° 131, *JCP* 2001, II, 10510, note Jamin ; *Deffrénois* 2000, p. 1110, obs. Mazeaud et p. 1114, obs. Delbecq ; *CCC* 2000, n° 40, obs. Leveneur, *RTD civ.* 2000, p. 566, obs. Mestre et Fages.

être présenté en détails¹⁷. Il a fallu une épopée judiciaire de plus de 15 ans pour décider que le vendeur pouvait alléguer l'erreur en se fondant sur des éléments postérieurs à la vente, en l'espèce l'attribution par le Musée du Louvre du tableau au peintre Poussin. La solution est curieuse pour la théorie des vices du consentement : comment une erreur peut-elle avoir eu lieu psychologiquement après la vente, c'est-à-dire après l'expression du consentement ? Une fois encore le problème s'évanouit au contact de l'analyse économique : pourquoi l'information était-elle incomplète ? Ni en raison d'une erreur inexcusable du vendeur, ni en raison d'un dol de l'acheteur. C'était l'objet lui-même qui véhiculait une information incertaine et donc incomplète : le tableau était-il authentique ou non ? Seul un expert, soit une source d'information extérieure à l'objet et aux parties pouvait le dire. L'incomplétude de l'information conduit alors à l'annulation car l'analyse n'est pas psychologique : ce qui importe est moins le moment psychologique de l'erreur que la preuve de l'information incomplète au jour de la formation du contrat.

Un rapide tour d'horizon de la jurisprudence relative à l'erreur conforte cette conviction. Les annulations prononcées par le juge à la suite d'erreurs sont fondées sur des caractéristiques immatérielles de la chose objet du contrat : la constructibilité d'un terrain¹⁸, la question de l'authenticité des œuvres d'art¹⁹, la croyance erronée en l'existence d'un droit de préemption²⁰ (identifiée comme erreur de droit). Autrement dit, les informations précitées ne peuvent être découvertes par le seul examen de la chose. C'est la chose elle-même qui est source d'erreur car elle ne véhicule pas explicitement les informations dont l'acheteur a besoin pour se décider. Ceci confirme bien le sens de la troisième catégorie dégagée : l'objet du contrat ne porte pas en lui-même l'information pertinente.

10 La violence, seul véritable vice du consentement ? – Reste à évoquer la violence pour que le triptyque des vices du consentement soit complet. À la différence de l'erreur ou dol, la violence ne peut être analysée comme une information incomplète. C'est plutôt l'inverse qui est vrai : celui qui contracte sous l'empire d'une contrainte est pleinement conscient, c'est-à-dire pleinement informé qu'il prend une décision qui va contre son intérêt²¹. La notion de violence permet d'empêcher les comportements opportunistes où une partie profite, pire exploite, la dépendance économique d'une personne par exemple²². Autrement dit, la liberté de contracter est atteinte, ce qui est plus grave qu'une information incomplète. De là découle la conclusion suivante : au sens économique du terme, seule la violence peut

¹⁷ Civ. 1^{ère} 22 février 1978, *Grands Arrêts de la Jurisprudence Civile*, Dalloz, t. 2, 12^{ème} éd., n° 147-148.

¹⁸ Civ. 1^{ère} 1^{er} juin 1983, *JCP N* 1983, II, 289, note Bouyssou.

¹⁹ Civ. 1^{ère} 2 juin 1981, *Bull.* I, n° 181 : statue chinoise présentée à tort comme datant de l'époque Tang.

²⁰ Civ. 3^{ème} 5 juillet 1995, *Bull.* III, n° 174.

²¹ C. Atias, *Le contentieux contractuel*, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 4^{ème} éd., 2008, n° 286, p. 244 : "Celui qui s'engage agit alors en toute connaissance de cause contre son intérêt".

²² Civ. 1^{ère} 30 mai 2000, *Bull.* I, n° 169.

être appelée “vice du consentement” car elle exerce une pression sur la décision même de s’engager, sur la liberté même de contracter ou de ne pas contracter. L’appréciation pourrait alors en ce cas être psychologique, c’est-à-dire porter sur les éléments qui ont pu peser sur la prise de décision du contractant.

Ce constat amène alors à relativiser l’approche purement économique, c’est-à-dire qui pourrait évincer jusqu’au concept de volonté pour expliquer les vices du consentement. L’analyse économique appelle non pas un choix du tout ou rien mais une nouvelle articulation entre l’approche volontariste et celle proprement économique.

II. Articulation des approches volontariste et économique

11 La place de la volonté dans la théorie des vices du consentement – L’approche économique permet de rechercher la juste place de la volonté dans la théorie des vices du consentement. Cette réflexion sera seulement esquissée car pour être menée sérieusement elle demanderait un travail historique important, à la fois rétrospectif et critique.

La tradition a légué aux juristes une formule qui frappe l’esprit : le consentement doit être libre et éclairé. La doctrine enseigne qu’il faut comprendre la formule comme signifiant “exempt de vices”. Pourtant, cette distinction pourrait bien correspondre à celle qui vient d’être effectuée. Un consentement libre est un consentement donné sans violence. Un consentement éclairé est un consentement donné en connaissance de cause, c’est-à-dire avec une information complète et non pas lacunaire. La formule invite donc à un réalisme qui a une résonance étonnamment moderne. On le voit, le concept de volonté résiste : il faut lui faire une place. Serait-ce par simple révérence courtoise et polie envers la tradition ?

La réalité est plus nuancée : les formules trop simples pour être vraies cachent parfois des vérités profondes. Économiquement, l’information incomplète interdit une juste décision et l’on renoue naturellement avec l’idée de vice du consentement. La différence majeure est que le vice du consentement est une conséquence de l’information lacunaire et non sa cause. La volonté n’est plus à l’origine mais à la fin, la volonté n’est plus le fondement mais le point d’arrivée du raisonnement. C’est l’information incomplète qui fait supposer, en elle-même, que le consentement a été vicié. Il serait alors plus juste de dire que c’est le contrat qui est vicié à la base et non le consentement. Bien que l’expression puisse paraître incorrecte, elle est présente sous la plume de Pothier qui, dans son *Traité des obligations*, use de l’expression à répétition. Le paragraphe sur l’erreur commence ainsi : “L’erreur est le plus grand vice des conventions [...] il ne peut y avoir de consentement lorsque les parties ont erré sur l’objet de la convention”²³. D’emblée, l’objet est bien posé comme prépondérant dans l’analyse, le consentement n’intervient qu’en second rang. Et c’est encore Pothier qui n’usera pas du terme de violence mais seulement de celui de “défaut de liberté”²⁴ et il faut bien avouer que la terminologie est parfaitement semblable

²³ R.-J. Pothier, *Traité des obligations*, tome 1, Paris, Siffrein, 1821, p. 92, n° 17.

²⁴ R.-J. Pothier, précité, p. 96, n° 21.

à celle adoptée à la suite d'une analyse économique. Une fois de plus le consentement n'est pas cause mais effet : c'est l'absence de liberté qui conduit au vice du consentement et non l'inverse. Au fond, la théorie moderne des vices du consentement pourrait bien avoir placé la charrue avant les bœufs et avoir fait d'un résultat à prouver en fait le fondement d'une théorie en droit. Bien entendu, le fait et le droit ne sont pas la même chose et l'on est passé d'une volonté concrète à l'autonomie de la volonté, cette volonté pure de tout fait.

Dans la même veine, il est piquant de constater la troublante actualité de Domat qui dans son ouvrage majeur, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, expose qu'"on appelle vice de conventions [sic] ce qui blesse leur nature et leurs caractères essentiels. Ainsi, c'est un caractère essentiel à toute sorte de conventions, que ceux qui les font aient assez de raison et de connaissance de ce qu'il faut savoir pour former l'engagement où ils doivent entrer"²⁵. Domat poursuit en expliquant qu'il y a bien "vice dans une convention"²⁶ si le contractant a manqué de connaissance. On retrouve ici la dialectique entre information (pour Domat : connaissance, savoir) et volonté. Si l'auteur lui-même relie la notion de violence à celle de liberté²⁷, il en traite malgré tout sous le même intitulé de "vices des conventions" ne mentionnant nullement la terminologie de "vice du consentement". Pourtant cette dernière expression paraît plus justifiée pour ce qui relève de la violence car elle vise justement la liberté et par là même la volonté.

12 La violence et la volonté – Au sens de l'approche économique, seule la violence peut être dite "vice du consentement". En effet, si la décision repose sur une information complète, c'est donc bien la volonté qui est atteinte et non l'information²⁸. Cette idée trouve d'ailleurs une résonance inattendue au regard des travaux préparatoires du Code civil. La question de la violence est même, parmi les vices du consentement, la seule qui est évoquée dans les travaux préparatoires du Code civil : rien sur l'erreur ou le dol, adoptés sans discussion. Les rédacteurs doivent affronter pour la violence la même question qui se posait en droit romain et pour les glossateurs du 12 et 13^{ème} siècle²⁹ : comment expliquer que le consentement puisse rester valable s'il a été extorqué par violence³⁰ ? Autrement dit pourquoi la nullité est à la fois relative et facultative si le consentement est une condition essentielle de la convention ? La réponse n'a guère variée depuis le droit romain : le consentement reste tout de même un consentement même donné sous l'empire de la violence. Toutefois, la place excessive faite à l'aspect volontariste conduit à une position étrange : la violence est un vice du

²⁵ J. Rémy, *Œuvres complètes de J. Domat*, Paris, Alex Gobelet Libraire, 1835, tome I, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Livre I, titre XVIII. "Des vices des conventions", p. 380.

²⁶ Œuvres complètes de J. Domat, précité, p. 380.

²⁷ Œuvres complètes de J. Domat, précité, p. 380.

²⁸ V. *supra*, n° 10.

²⁹ A. Dumas, *Histoire des obligations*, Aix-en-Provence, cours dactylographié, p. 148 : "Dans cette doctrine, le contrat entaché de violence ou de dol restait valable, car la partie avait donné un vrai consentement".

³⁰ P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*. Tome 13, Paris, Videcoq, 1836, p. 46 : "M. Segur pense qu'il est dangereux de supposer dans la loi que la violence n'annule [...] pas toujours le consentement".

consentement mais le contrat reste valable tant que la nullité n'est pas demandée et prononcée : autrement dit, le consentement est à la fois valable et entaché d'un vice pouvant conduire à l'annulation du contrat. L'approche économique par le concept d'information permet de répondre autrement : le consentement est bien valable car l'information est complète, paradoxalement plus complète que dans le cas de l'erreur ou du dol. Seulement, ce qui est sanctionné est l'atteinte à la liberté de contracter, autrement dit le comportement opportuniste de l'autre partie. C'est alors la liberté qui est viciée et non le consentement. C'est la liberté de vouloir qui est atteinte et un vocabulaire pointilleux conduirait à parler de vice de la volonté. En d'autres termes, même la violence, seul "vice du consentement" au sens économique³¹ serait susceptible d'une reformulation comme "vice de la volonté", c'est-à-dire vice de la liberté de contracter ou ne pas contracter. La comparaison avec le droit romain est éclairante : la violence ne vicie pas le consentement, ni même le dol. Violence (*metus*) et dol (*dolus*) étaient considérés comme des délits civils³². Enfin, l'erreur excluait le consentement purement et simplement : il n'y avait pas même rencontre des volontés, l'erreur évinçait le consentement à sa source. Finalement, en droit romain, les vices du consentement étaient ou bien des délits ou bien une absence de consentement³³. Au regard de telles définitions, on se demande comment la volonté a pu venir occuper le devant de la scène dans les siècles qui ont suivi.

De très nombreuses pistes pourraient être explorées, notamment l'influence décisive de la notion d'autonomie de la volonté ou le regroupement par les rédacteurs du Code civil des "vices" sous une seule section : "du consentement", autant d'éléments qui incitent vraisemblablement à unifier les trois cas autour de l'idée générale de consentement ou volonté. Dans la perspective présente, une autre voie est à suggérer : la volonté détermine en fait la teneur et l'ampleur de l'information, si bien qu'elle a peut-être éclipsé ce concept économique plus fondamental. Dans une espèce de fascination pour les sources ou l'origine de l'information disponible, il est tentant de souligner l'influence de la volonté sur l'information.

13 L'influence de la volonté sur l'information – L'articulation entre l'approche volontariste et économique se dessine dans les arrêts les plus récents, qui pointent l'influence de la volonté sur l'information. Depuis 2001, à la suite des affaires de défiscalisation où des acquéreurs achetaient des appartements pour diminuer leurs impôts, la Cour de cassation a rendu des arrêts avec une motivation semblable³⁴. La déception de l'acquéreur qui n'a pu bénéficier de la réduction d'impôts escomptée n'est pas, selon les juges, une erreur qui entraîne l'annulation mais une erreur sur les motifs, une erreur

³¹ V. *supra* n° 10.

³² Par ex. Carbonnier, *Les obligations*, PUF, Thémis, 22ème éd., n°45, p. 105.

³³ D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2007, pp. 508-521.

³⁴ Selon ces arrêts, l'erreur sur un motif du contrat extérieur à l'objet de celui-ci n'est pas cause de nullité de la convention même si le motif a été déterminant. Civ. 1^{ère} 13 février 2001, *Bull.* I, n° 31, *RTD civ.* 2001, p. 352, obs. Mestre et Fages ; *JCP* 2001, I, 330, n° 5, obs. Rochefeld et Civ. 3^{ème} 24 avril 2003, *Bull.* III, n° 82, *D.* 2004, p. 450, note Chassagnard, *JCP* 2003, II, 10135, note Wintgen, *Dr. et patr.* Sept. 2003, p. 116, note Chauvel ; *RDC* 2003, p. 42, obs. Mazeaud ; *RTD civ.* 2003, p. 699, obs. Mestre et Fages et p. 723, obs. Gautier.

indifférente. En 2003, dans le même type d'affaire, le vendeur professionnel avait même informé l'acheteur de la défiscalisation au moyen de documents publicitaires³⁵. Dans chaque cas, la Cour de cassation répond que le motif n'était pas entré dans le champ contractuel : il fallait manifester une volonté supplémentaire, ériger la défiscalisation en "condition" de l'accord ou en tant que "stipulation expresse" d'après les termes de la Cour. Selon l'approche volontariste cette justification est peu probante : le motif est la racine même de ce qui fait consentir. Autrement dit, sans motif mon consentement est même inexistant car immotivé et sans fondement. L'homme raisonnable ne s'engage pas sans raison. Carbonnier prend l'exemple d'une personne qui donne ses biens au regard du motif erroné de la mort de son fils unique à la guerre : la découverte de son erreur lui permet-elle de demander l'annulation ? La réponse semble positive car c'est un élément faux qui donne naissance au consentement³⁶.

L'approche économique permet de penser une articulation toute différente. L'acheteur pensait défiscaliser et ce n'est pas faute de s'être renseigné. Mais pour les juges, si le motif n'est pas entré dans le champ contractuel cela veut dire que l'information sur la défiscalisation n'était pas entrée dans l'objet, ne faisait pas partie intégrante de l'accord contractuel. À suivre l'approche économique, l'annulation est permise: si le vendeur a manifesté sa volonté d'offrir une défiscalisation qui se révèle illusoire, le dol devrait être caractérisé. De même, si le vendeur pensait lui-même conclure avec l'acheteur une véritable opération de défiscalisation, l'information sur l'objet du contrat était alors incomplète car il manquait visiblement aux appartements une caractéristique pour bénéficier du régime fiscal favorable. C'est le cas type d'une erreur sur l'objet (la 3^{ème} catégorie).

En ce cas, pourquoi la Cour de cassation refuse alors l'annulation ? En vérité, la Cour ne semble pas vouloir admettre que les parties puissent avoir en vue une *opération de défiscalisation*, c'est-à-dire une opération contractuelle dont l'objet ne serait pas le transfert de propriété mais bien la défiscalisation en elle-même. En effet, si l'on qualifie simplement l'opération contractuelle de vente alors l'information est nécessairement complète et parfaite. Autrement dit, pour reconnaître l'imparfait (l'erreur) encore faut-il se mettre d'accord sur ce qui est parfait (l'opération projetée) ! En l'espèce, les parties n'avaient pas rédigé un écrit mentionnant la défiscalisation mais seulement une vente. Les juges semblent en tirer une conséquence sévère : l'opération contractuelle est une vente avant d'être une opération de défiscalisation, le transfert de propriété n'est pas un moyen au service de la défiscalisation, c'est bien l'objectif premier que les parties entendaient atteindre. La volonté semble prendre alors le pas sur l'information, et la théorie classique des vices du consentement prendre sa revanche sur l'analyse strictement économique. Le débat pourrait se poursuivre et s'achever avec la question de la lésion.

14 La place problématique de la lésion – Pour certains auteurs, la lésion n'est pas un vice du consentement : c'est un déséquilibre objectif, une

³⁵ Civ. 3^{ème} 24 avril 2003, précité.

³⁶ Carbonnier, précité, n° 41, p. 98 : "C'est une erreur si profonde qu'on peut la considérer comme ayant détruit le consentement".

mauvaise affaire³⁷. Cette position illustre la place problématique de la lésion que les rédacteurs du Code civil mentionnent à l'article 1118 immédiatement après l'article 1117 qui énumère l'erreur, le dol et la violence comme causes de nullité.

La lésion semble exclue de la théorie des vices du consentement car elle porte sur l'objet du contrat (déséquilibre "objectif") et non sur la volonté. L'approche économique par l'information conduit une nouvelle fois à reformuler le problème. La lésion pourrait être une information incomplète sur la valeur du bien : en ce cas, le vendeur aurait dû se renseigner, et s'il ne l'a pas fait c'est une erreur inexcusable³⁸. Le déficit d'information prend source dans le comportement du vendeur, peu prévoyant ou peu diligent. Dès lors, l'erreur sur la valeur ne devrait pas être cause de nullité car ce serait une erreur inexcusable par principe³⁹. Ainsi, il faudrait introduire une exception, précisément la notion de lésion pour permettre au vendeur de faire rescinder la convention malgré son erreur par hypothèse inexcusable.

Pourtant, cette présentation paraît torturée car elle mêle des éléments de nature différente : le vendeur qui transfère sa propriété pour une valeur très inférieure au prix du marché peut *soit* avoir une information incomplète (erreur) *soit* agir en pleine connaissance de cause malgré l'incomplétude de l'information. Dans le second cas, le vendeur est conscient de tirer un mauvais prix de son bien : sa volonté de vendre ferait supposer qu'il ne commet pas d'erreur. Pour faire simple, vendre à bas prix peut s'expliquer de deux façons : soit la personne est faible d'esprit (c'est un incapable au sens juridique) soit au contraire il est prêt à faire l'impasse sur un manque à gagner (pour d'autres raisons, comme le besoin d'argent). Cette présentation tire la comparaison du côté de la violence : comme dans la violence, l'information sur le bien est complète mais malgré l'aspect désavantageux de l'opération le contrat est tout de même conclu par le vendeur, conscient de l'aspect désavantageux du contrat (ce qui est exactement la situation de violence).

La leçon de ce bref aperçu sur la lésion est surprenante : la lésion ne ferait pas double emploi avec l'erreur sur la valeur car cette dernière relève de la question de savoir si l'erreur est inexcusable (1^{ère} catégorie) ou non (3^{ème} catégorie). La lésion n'est donc pas une information incomplète car si tel était le cas, elle ne serait qu'une sous-distinction de la catégorie d'erreur. De même, la lésion ne serait pas plus un vice du consentement, au sens de vice de la liberté (comme c'est le cas pour la violence) car la volonté de vendre primerait la teneur de l'information, c'est-à-dire sa complétude.

³⁷ Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois, 3^{ème} éd., 2007, n° 519, p. 269.

³⁸ Comp. G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1949, p. 80. Selon Ripert, l'erreur sur la valeur est, en soi, inexcusable.

³⁹ Ce qui n'est pas la justification habituelle pour expliquer le refus en jurisprudence d'admettre l'erreur sur la valeur. Parmi, les explications principales, les auteurs avancent que l'erreur sur la valeur ferait double emploi avec la lésion, ce qui en outre contribue à maintenir l'ambiguïté de la notion de lésion eût égard à celle de vice du consentement. Déjà en ce sens, G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil*, tome 2, *Les obligations*, volume 1, *Les sources*, Sirey, 1962, n° 123, p. 114.

Reste que la lésion pose justement un seuil en deçà duquel l'affaire conclue est trop déséquilibrée pour être rationnelle. De ce point de vue, la lésion pourrait alors être présentée comme une limite *a priori* à la liberté de contractuelle. Cette limite ne porterait pas sur la liberté du vendeur (qui peut toujours refuser d'agir en rescision) mais bien sur la liberté de l'acheteur qui ne peut conclure de trop "bonnes affaires". En effet, l'acquéreur, dans les cas limitativement prévus par la loi, verra planer sur le contrat la menace d'une demande en rescision. La comparaison avec les incapables est dès lors suggestive : ceux qui prennent le risque de contracter avec des personnes moins aguerries en affaires pour en tirer un bénéfice doivent supporter la menace de la rescision. Une fois encore, les comportements opportunistes au sens économique (ici tirer parti de la faiblesse d'autrui) sont sanctionnés juridiquement : dans la violence, dans la lésion et dans les contrats passés avec les incapables. L'inspiration est exactement identique à celle qui innerve la théorie des vices du consentement bien que la lésion s'en détache nettement.

En définitive, ce qui pourrait permettre d'exclure la lésion du triptyque erreur, dol, violence est que la lésion n'est *ni* une information incomplète *ni* une atteinte à la liberté du vendeur. Ce sont pourtant là les deux sources possibles d'une atteinte du consentement *soit* par le biais d'une information incomplète *soit* par le biais de la volonté contrainte. Cette exclusion de la lésion fait ressortir par contraste l'unité de la théorie des vices du consentement qui est moins au fondement de la théorie que la conclusion à laquelle la théorie doit permettre de parvenir. Ce singulier renversement est à imputer à la déconstruction menée grâce au concept d'information emprunté au discours économique.

15 En guise de conclusion – Il paraît au fond malaisé de démêler avec certitude ce qui relève de l'économique, de la morale ou du juridique dans la théorie des vices du consentement. Reste que l'apport véritable de l'approche économique de la théorie des vices du consentement est de conduire à une double relativisation. Une relativisation qui porte sur le rôle de la volonté au profit du concept économique d'information, mais aussi une relativisation qui porte sur la méthode de l'analyse économique. En effet, la mise à jour du fondement de la théorie des vices du consentement (volonté ou information) ne semble pas pouvoir être séparable de la formulation de la règle souhaitable. Autrement dit, il n'y a pas de limite franche entre une analyse économique des vices du consentement et une redéfinition jugée plus cohérente des concepts d'erreur, de dol et de violence. En un mot, l'approche descriptive se mêle inexorablement à celle prescriptive, de sorte que ces deux aspects paraissent indissociables dans la formulation de la théorie des vices du consentement. Il faut alors en tirer la conséquence méthodologique : l'approche économique n'est pas un point de vue externe et descriptif mais bien interne dans la reconstruction de la théorie. Bref, seul le point de vue des acteurs du droit semble pouvoir livrer les clés de sa compréhension, quand

bien même cette investigation se ferait par le truchement de concepts économiques⁴⁰.

⁴⁰ Comp. sur ce mouvement de transfert des concepts d'une discipline à une autre : I. Stengers (dir.), *D'une science à l'autre. Des concepts nomades*, Seuil, 1987, *passim*.